

Utvelgelseskriteriene ved nedbemanning

Hvilke krav stilles til utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp som følge av nedbemanning begrunnet i virksomhetens forhold

Kandidatnummer: 68

Antall ord: 10759



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Problemstilling.....	3
1.1.1 Hvorfor problemstillingen er aktuell.....	3
1.1.2 Avgrensning av oppgaven	4
1.2 Rettskildene	5
1.2.1 Lov	5
1.2.2 Forarbeider.....	6
1.2.3 Rettspraksis.....	6
1.2.4 Tariffavtaler	7
1.3 Viktige begreper	7
1.4 Den videre fremstillingen.....	8
2 Oppsigelse og nedbemanning.....	9
2.1 Vernet mot usaklig oppsigelse - § 15-7 (1).....	9
2.1.1 Saklighetskravet.....	9
2.1.2 “Virksomhetens forhold”.....	9
2.2 Nedbemanning - § 15-7 (2).....	10
2.2.1 “Driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak”	10
2.2.2 Plikten til å tilby “(...) annet passende arbeid i virksomheten (...)”	11
2.2.3 Interesseavveining.....	12
2.3 Hensynet bak nedbemanning.....	13
2.4 Domstolenes prøvningsrett.....	13
3 De saklige hensynene	14
3.1 Ansiennitetstid	14
3.1.1 Med tariffavtale.....	14
3.1.2 Uten tariffavtale	14
3.1.3 Avbrudd i arbeidsforholdet.....	15
3.1.4 Konsernansiennitet	17
3.2 Kvalifikasjoner	18
3.2.1 Den ansatte sin kompetanse.....	19
3.2.2 Personlig egnethet	22

3.3	Sosiale hensyn	23
3.3.1	Alder	23
3.3.2	Sykdom.....	26
3.3.3	Arbeidstaker sin økonomiske situasjon.....	28
3.4	Vektlegging av hensynene.....	29
3.4.1	Vektlegging av kvalifikasjoner.....	30
3.4.2	Vektlegging av sosiale hensyn.....	31
	Litteraturliste.....	33

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Min problemstilling er hvilke krav som stilles til utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp som følge av nedbemanning begrunnet i virksomhetens forhold.

Det rettslige grunnlaget for nedbemanning er arbeidsmiljøloven¹ § 15-7. Etter bestemmelsen må en oppsigelse være ”saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold”. Bestemmelsen baseres på hensynet til arbeidstaker og det må derfor saklige grunner til for at en bedrift kan si opp sine arbeidstakere ved en nedbemanning. Bestemmelsen gir imidlertid liten veiledning til hvem som kan velges ut dersom det foreligger en lovlig nedbemanning. Det følger ikke av lovteksten hvilken krets som kan velges ut og hvilke kriterier som legges til grunn når enkeltindivider av denne kretsen skal sies opp. Denne avhandlingen kommer til å fokusere på den siste avveining, hvilke utvelgelseskriterier som kan vektlegges når enkeltindivider skal velges ut.

Det jeg kommer til å redegjøre for i denne oppgaven er derfor hvilke begrensninger som foreligger i muligheten til å velge ut ansatte som skal sies opp etter aml § 15-7.

Disse utvelgelseskriteriene har blitt utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori, og jeg kommer til å legges særlig vekt på momentene ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn. I hoveddelen av oppgaven vil jeg derfor gå dypere inn på hva som ligger i disse momentene.

1.1.1 Hvorfor problemstillingen er aktuell

Denne problemstillingen vil til enhver tid være aktuell da virksomheter ofte vil ha et behov for nedbemanning. Det er imidlertid spådd at dette kommer til å bli mer og mer aktuelt i fremtiden da veldig mange bedrifter står ovenfor en utfordring når det kommer til digitalisering og globalisering. Digitalisering vil føre til at flere store markeder og aktører vil bli utfordret av nye og mindre selskaper. Eksempler på dette er Uber, Airbnb og Netflix. Bedrifter sin evne til å kannibalisere deler av egen virksomhet vil være en avgjørende faktor i

¹ 17. februar 2005 - lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

racet for å overleve. Videre ser vi at globaliseringen har ført til at flere arbeidsplasser blir flyttet til land med lavere lønninger, som igjen fører til nedbemanninger Norge.

En annen enorm omveltning verden står overfor er den teknologiske utviklingen innenfor feltet kunstig intelligens og maskinlæring. Dette er teknologier som utfordrer grensen for hva som er mulig for et dataprogram å gjennomføre, og kommer til å ta over en del av oppgavene som krever et menneske i dag. Dette kommer til å endre måten selskaper er organisert, og endre måten mennesker vil jobbe i disse selskapene. Videre ser vi at behovet for å automatisere i stor grad blir drevet frem i konkurransepregede situasjoner. Den teknologiske utviklingen kommer derfor spesielt til å få følger for jobber som utfører manuelt arbeid og yrker som stiller lavere krav til utdanning.

Dette blir presisert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. “En analyse utført av SSB basert på data fra de siste levekårsundersøkelsene viser at «det nye arbeidslivet» er i vekst, men at de aller fleste arbeider på en hovedsakelig «tradisjonell» måte. Ifølge SSB svarer en av fire at arbeidet deres i hovedsak er prosjektorganisert. Halvparten av alle ansatte arbeider i team. Flertallet av disse er håndverkere i skift eller turnusarbeid. Så mange som 67 prosent må forholde seg til et fast starttidspunkt og har altså ikke fleksibel arbeidstid. 24 prosent har regulert fleksitid, mens bare 8 prosent bestemmer arbeidstiden selv. Seks av ti jobber med PC halvparten av arbeidstiden eller mer, mens 24 prosent sier at de er helt avhengig av PC for å få gjort jobben sin.”

Jeg ønsker derfor med denne oppgaven å utforske hvordan det rettslige bakteppet sikrer at bedrifter ikke bare kvitter seg med de som har minst evner til å lære nye ferdigheter. Herunder vil spesielt eldre være en spesielt utsatt gruppe, da deres utdanning og ferdigheter rundt IT tradisjonelt har vært begrenset. Spørsmålet rundt personlige egenskaper og ansiennitetstid vil derfor stå i sentrum av vurderingen av hvem som blir sagt opp.

1.1.2 Avgrensning av oppgaven

Med hensyn til problemstillingen legges det til grunn for denne avhandlingen at vilkårene for nedbemanning er innfridd. Disse vilkårene er at det må foreligge en oppsigelse begrunnet i “virksomhetens forhold”, jf aml § 15-7 (1). Oppgaven kommer derfor ikke gå i detalj i vilkårene for oppsigelse, men da heller ta for seg prosessen etter at det er etablert gyldig

grunnlag for nedbemanning. Videre legges det til grunn at vilkårene for at arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse er innfridd, og at det ikke foreligger andre lover som gjør seg gjeldende.

Avhandlingen vil heller ikke gå inn i området “utvelgelseskrets”. Utvelgelseskrets viser til hvilken gruppe ansatte i bedriften som kan sies opp som følge av nedbemanning. Dette er derfor også en problemstilling som gjør seg gjeldende etter at vilkårene for nedbemanning er innfridd. Det er stort rom her for bedrifter å velge ut grupper basert på behovet for visse ferdigheter. Et eksempel kan være å kutte regnskapsavdelingen dersom det sitter mange eldre ansatte i denne avdelingen. Dette var en av flere anførsler i posten dommen², hvor høyesterett utalte at det i denne saken var “en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet ingen plass. Dette gjelder hva enten det er ansiennitet, kvalifikasjoner, alder eller sosiale forhold – eventuelt en kombinasjon av disse – som skal være styrende for hvem som blir overtallig”. Uttalelsen viser til at dette er en separat vurdering, som ligger utenfor temaet utvelgelseskriter. Det er på det rene at dette rommet til å velge utvelgelseskrets vil muliggjøre å potensielt fjerne uønskede ansatte basert på ferdigheter, men dette er et såpass stort felt at det krever en avhandling i seg selv. Jeg kommer derfor ikke til å gå særlig i dybden på dette temaet.

1.2 Rettskildene

For å svare på problemstillingen må vi se hen til de relevante rettskildene. Jeg vil derfor i denne delen gå gjennom de ulike rettskildene som vil bli brukt videre i oppgaven.

1.2.1 Lov

I norsk rett er loven det naturlige utgangspunktet for å løse rettslige problemstillinger. På arbeidsretten området så er den mest sentrale loven er fra 17. februar 2005 - lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Denne loven vil bli referert til som aml videre i oppgaven. Lovens formål etter § 1-1, bokstav a, er “å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med en velferdsmessig standard som til

² HR 2017 - 561

enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet”. Rettigheter som følger av denne loven kan derfor ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker. Videre er grunnen til at aml vil være sentral for å besvare problemstillingen at den legger visse føringer for hvordan en nedbemanning skal gjennomføres.

Videre bygger arbeidsmiljøloven av 2005 på den tidligere loven av 1977³. Dette betyr at praksis og lovbestemmelser fra den tidligere loven vil være relevant.

1.2.2 Forarbeider

Lovens forarbeider er tekstene som blir utarbeidet i prosessen når en lov blir skapt, og gir derfor innsikt i hva lovgiver ønsket å oppnå med den konkrete loven. Dette er grunnen til at lovforarbeider blir ansett som en uttrykk for “lovgiverviljen”. Lovforarbeider kan være stortingsproposisjonen, høringsuttalelser, NOU-er og lignende. Med hensyn til at lovforarbeider blir ansett som et innsyn inn til “lovgiverviljen” så vil denne rettskilden normalt bli tillagt stor vekt. Dette vil spesielt gjelde for områder hvor lovteksten er vag eller hvor det er stort tolkningsrom.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er imidlertid relativ lite utfyllende sett i lys av andre lover, men forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 videreføres til dagens rettsstilling⁴.

1.2.3 Rettspraksis

Begrepet rettspraksis viser til tidligere avgjørelser fra de diverse domstolene i Norge, og er regnet som en sentral rettskilde. På arbeidsretten sitt område er rettspraksis en spesielt viktig rettskilde da dette området er under stadig utvikling. Dette skyldes i stor grad et behov for å følge samfunnets utvikling og behov. Videre vil rettspraksis være særlig viktig for å besvare oppgaven sin problemstilling da aml § 15-7 gir få føringer for hva som er saklig å vektlegge, og domstolene sine vurderinger er derfor en viktig kilde for å supplere lovteksten.

I denne oppgaven vil jeg også vise mye til rettspraksis fra underrettsdomstoler. Dette skyldes at det fortsatt er mange spørsmål som ikke har blitt ført for høyesterett per dags dato. Videre

³ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø - (LOV-1977-02-04-4)

⁴ Arbeidsmiljøloven av 1977 § 60

er det hovedsakelig domstolens rettslige argumenter som jeg kommer til å vise til for å belyse et gitt område.

1.2.4 Tariffavtaler

En tariffavtale er “en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”, jf arbeidstvistloven⁵, § 1 bokstav e. Videre er en fagforening “enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å ivareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere”, jf arbtvl § 1 bokstav c. Tariffavtaler er derfor kollektive avtaler som er bindende for mange arbeidstakere. De skiller seg dermed fra arbeidskontrakter som binder en konkret arbeidstaker og er mer personlig preget. Tariffavtaler er en viktig rettskilde i arbeidsretten da disse avtalene er ufravikelige for de bedrifter som er bundet av dem. De legger derfor mange føringer for arbeidsforholdet, hvor særlig reglene for oppsigelse er relevante for denne oppgaven.

1.3 Viktige begreper

Det vil i oppgaven blir brukt mange arbeidsrettslige begreper. Formålet med denne delen er gi en kort innføring i de viktigste begrepene og hva de betyr.

Arbeidstaker

I aml. § 1-8 (1) defineres en arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Dette er en relativt vag formulering og det må derfor ses hen til andre rettskilder. I forarbeidene blir det lagt vekt på om det foreligger en tilknytning mellom partene som reelt sett fremstår som et ansettelsesforhold. Videre følger det av rettspraksis⁶ at det skal legges vekt på om det foreligger en situasjon hvor “arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll”.

Arbeidsgiver

I aml. § 1-8 (2) defineres arbeidsgiver som ”(...) enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste (...)”. Formuleringen til lovteksten viser at det må foreligge en

⁵ Lov om arbeidstvister - 01.03.2012

⁶ Avlasterdommen II - avsnitt 65 – 66 Rt. 2016 s. 1366

arbeidstaker for at det skal foreligge en arbeidsgiver. Definisjonen av arbeidstaker er derfor sentral for å definere en arbeidsgiver.

Nedbemanning

Nedbemanning viser til en prosess hvor et selskap reduserer antall årsverk. Dette innebærer at flere ansatte sies opp, og hvor begrunnelsen må være at det skyldes virksomhetens forhold.

Utvelgelseskrets

Utvelgelseskretsen kan defineres som hvem som inngår i grunnlaget for utvelgelsen i en nedbemanningsprosess. Det er derfor tale om den delen av virksomheten som blir påvirket av nedbemanningen.

Utvelgelseskriterier

Utvelgelseskriterier kan defineres som de faktorer som legges til grunn for å skille de ulike arbeidstakerne i en utvelgelseskrets.

1.4 Den videre fremstillingen

I del 2 av oppgaven vil jeg kort gå gjennom reglene for oppsigelse og nedbemanning.

Herunder kravet til “saklighet”, “virksomhetens forhold” og vilkårene etter § 15-7 (2). Dette ønsker jeg å gjøre for å gi et grundig bakteppe for problemstillingen.

I del 3 vil jeg utforske de aktuelle utvelgelseskriteriene som er saklige å vektlegge. Denne oppgaven vil fokusere på ansiennitet, kvalifikasjoner og sosiale hensyn. Jeg vil så gå nærmere inn på hvordan disse kriteriene stiller seg i forhold til hverandre med tanke på vekt og relevans.

2 Oppsigelse og nedbemanning

2.1 Vernet mot usaklig oppsigelse - § 15-7 (1)

“Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”

2.1.1 Saklighetskravet

Loven krever at oppsigelsen av den ansatte må være (...) saklig begrunnet i virksomhetens (...) forhold”. En naturlig språklig forståelse av formuleringen „(...) saklig begrunnet” ser ut til å ta sikte på at vurderingen som leder til oppsigelse må være objektiv, etterprøvbar og bygge på reelt grunnlag. Videre følger det av juridisk teori⁷ at det er tale om terskel som må oppnås.

Videre, for at beslutningen skal anses som saklig, følger det av rettspraksis at bedriften må synliggjøre en bedriftsøkonomisk begrunnelse. Dette blir presisert av lagmannsretten i LG 2012 - 21139, hvor domstolen uttalte at det er “(...) arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at det foreligger et bedriftsøkonomisk begrunnet behov som tilsier at oppsigelsen var nødvendig da den fant sted“. Hva som ligger i “bedriftsøkonomisk begrunnelse“ vil naturlig nok kreve en konkret vurdering, men det er relevant at bedriften kan vise til den generelle økonomiske situasjonen, konkurransesituasjonen i markedet og hva som er sannsynlige prognoser for fremtiden⁸. Det må imidlertid påpekes at domstolene har vært forsiktige med å prøve bedriftenes egne økonomiske vurderinger og prognoser.

2.1.2 “Virksomhetens forhold”

En naturlig forståelse av ordlyden ”virksomhet” ser ut til å sikte mot det rettssubjektet som opererer som arbeidsgiver. Denne tolkningen får støtte fra lovteksten i § 1-2 med formuleringen ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker“. Videre følger det av

⁷ Fougner, Holo, Løkken Sundet, og Thorkildsen - Arbeidsmiljøloven kommentarutgave side 781

⁸ Fougner, Borge, Frogner, Lorentzen, Solheim, Sundet og Aasheim - Omstilling og nedbemanning side 287

lovforarbeidene⁹ at begrepet virksomhet normalt vil være det samme som rettssubjektet som fungerer som arbeidsgiver.

Hva som ligger i “virksomhetens forhold” vil følge utviklingen til samfunnet, og legger til grunn en helhetlig vurdering om det anførte forholdet er tilstrekkelig å anse som tilknyttet til virksomhetens forhold.

2.2 Nedbemanning - § 15-7 (2)

“Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.”

Nedbemanning innebærer at et selskap vil redusere antall arbeidstakere, og dermed kutte et gitt antall årsverk i bedriften. Denne prosessen er avhengig av det foreligger forhold knyttet til virksomheten som tilsier at det må gjøres en nedjustering i antall ansatte. Dette skiller seg fra normal oppsigelse av en enkel arbeidstaker hvor en oppsigelse begrunnes i forhold på arbeidstaker sin side.

2.2.1 “Driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak”

Utgangspunktet er at en nedbemanningsprosess som følger av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak vil falle inn under begrepet “virksomhetens forhold”, jf aml § 25-7 (2).

Driftsinnskrenkninger følger av at bedriften må gjøre en nedbemanning som følge av at omsetningen er for lav for å opprettholde antallet ansatte eller av andre økonomiske forhold som vanskeliggjør den daglige driften. I slike tilfeller vil det være naturlig å redusere kostnadene ved å si opp en del av de ansatte.

Rasjonaliseringstiltak gjør seg gjeldende i situasjoner hvor nye måter å gjøre arbeidet på medfører et nedsatt behov for å opprettholde deler av arbeidsstyrken. Slike situasjoner vil

⁹ NOU 2004: 5 - Arbeidslivslovutvalget — Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

følge naturlig av de teknologiske fremskrittene som blir gjort innenfor autonome programvarer og robotikk. Her er det derfor tale om situasjoner hvor en nedbemanning skyldes at behovet for flere av arbeidsrollene i selskapet ikke lenger vil være relevante for virksomheten.

Bedrifter er imidlertid ikke begrenset bare til de behov som følger av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak. I Rt. 1989 s. 508 slo høyesterett fast at andre hensyn kan legges til grunn, og åpner derfor for en bredere vurdering. I den konkrete saken ble akseptert at beliggenhet til hovedkontoret var en gyldig grunn for at nedbemanning kunne sies å foreligge.

Videre, dersom det foreligger forhold knyttet til virksomhetens drift, kreves det at det foretas en avveining av bedriftens behov for nedbemanning opp mot ulempene som en oppsigelse vil medføre for arbeidstakeren, jf § 15-7 (2). Det følger av forarbeidene¹⁰ at det er arbeidsgivers ansvar å kunne påvise at dette vilkåret er oppfylt. Videre gir rettspraksis føringer. I rettspraksis har det tidligere blitt vektlagt om argumentene tilstrekkelig gjennomtenkt og om det finnes alternative løsninger¹¹.

2.2.2 Plikten til å tilby “(...) annet passende arbeid i virksomheten (...)”

Det fremgår av formuleringen "annet passende arbeid" at den ansatte må ha forutsetninger for å fullføre arbeidet som følger med den nye stillingen som tilbys. Det er derfor tale om et krav om at kvalifikasjonene til den ansatte passer til den nye stillingen. Dette medfører en klar regulering av hva som kan forventes fra arbeidstaker sin side, men også en regulering av hva som kan tilbys fra arbeidsgiver sin side. En slik forståelse følger også av forarbeidene¹² til den tidligere loven av 1977. Det ble til denne loven vurdert om ordet "skikket" skulle bli en del av formuleringen til lovteksten. Dette forslaget ble ikke tatt til følge men argumentasjonen som ble brukt for å begrunne forslaget blir i dag brukt som et argument for å forstå vilkåret "passende" i lys av hva den ansatte er "skikket" til. Det må derfor gjøres en konkret vurdering av den ansatte sine kvalifikasjoner, og se om disse kvalifikasjonene gjør den ansatte egnet til arbeide i den aktuelle stillingen som tilbys. Denne vurderingen må også ses i lys av

¹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 183

¹¹ LH 2002 s. 652

¹² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 72

interessekonflikten mellom den ansattes behov for arbeid og bedriftens behov for å ha ansatte som er kvalifiserte for stillingen de besitter.

Videre følger det av forarbeidene at arbeidet som tilbys må både innholdsmessig og lønnsmessig være mest mulig likt det opprinnelige arbeidet. Dette har det blitt redegjort ytterligere for i juridisk teori hvor Johansen og Stueland argumenterer for at dersom det ikke er mulig å finne en stilling som imøtekommer disse kravene, så har arbeidsgiver plikt til å tilby arbeid på et lavere stillings- og lønnsnivå dersom dette finnes. Dersom det ikke finnes noen ledige stillinger så må dette naturlig nok aksepteres. Det ble utalt i Posten dommen 1¹³ at det vil være "(...) meningsløst å tilby en stilling som den ansatte av helsemessige grunner ikke kan fylle".

Det må også ses hen til hele bedriften når det skal gjøres en vurdering om det foreligger passende arbeid. I HR-2018-880-A hadde et selskap gjennomført en nedbemanning i en del av virksomheten, og så kort tid etter gjort en oppbemanning i en annen del av virksomheten. Høyesterett kom til at det i denne situasjonen burde vært gjort en vurdering om det fantes passende arbeid i den delen av virksomheten som hadde en oppbemanning.

2.2.3 Interesseavveining

“Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker”.

Etter ordlyden så er det tale om en interesseavveining mellom behovet til bedriften og konsekvensene dette medfører for den ansatte. I forarbeidene til loven¹⁴ heter det at “slik bestemmelsen nå er utformet, vil hensynet til arbeidstakeren få større gjennomslagskraft, idet det skal foretas en avveining mellom virksomhetens behov for f.eks. en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre den enkelte arbeidstaker”. Videre følger det av rettspraksis at vekten til bedriften sitt behov vil variere etter hvor vanskeligstilt bedriften er økonomisk¹⁵

¹³ Rt. 2008 s 749

¹⁴ Ot.prp.nr. 41 - 1975-1976 s. 72

¹⁵ Rt. 1986 s. 879

2.3 Hensynet bak nedbemanning

Det rettslige grunnlaget i et arbeidsforhold er arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. En av hovedforutsetningene som følger av et arbeidsforhold, er arbeidsgiver sin styringsrett. Utgangspunktet etter dette prinsippet er at en arbeidsgiver har rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, jf blant annet Nøkk-dommen, Rt. 2000 s. 1602.

Arbeidsgiver sin rett til å nedbemanne følger av denne styringsretten. Styringsretten er imidlertid ikke absolutt og begrenses av lov, tariff og arbeidskontrakten som regulerer det aktuelle forholdet.

2.4 Domstolenes prøvningsrett

Spørsmålet om domstolenes prøvningsrett ved oppsigelse var oppe for høyesterett i Rt. 1984 s. 1058. Høyesterett uttalte "at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyllestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, og om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren". Denne dommen stadfester således domstolenes prøvningsrett og har blitt henvist mye til i senere rettspraksis.

Videre følger det av Rasmussen Offshore¹⁶ at domstolene også kan kontrollere sakligheten av avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Høyesterett utalte at "det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultatet av ansiennitetsavtaler". Det ble imidlertid presisert i dommen at "det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet". Avtaler mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte er ikke bindende for saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7¹⁷.

¹⁶ Rt. 2001s. 71 – side 82

¹⁷ HR 2017 – 561 – Avsnitt 72

3 De saklige hensynene

I denne delen av oppgaven vil jeg gå gjennom hvilke hensyn som regnes som "saklig[e]" utvelgelsen av ansatte i en utvelgelseskrets etter aml. § 15-7 (1). Kravet til saklighet legger til grunn en rettslig standard, som naturlig vil forandre seg over tid. Denne fremstillingen vil fokusere på hvordan rettsstillingen fremstår i dag.

3.1 Ansiennitetstid

Aml § 15-7 gir som nevnt ingen føringer for hvilke hensyn som kan vektlegges i en utvelgelsesprosess. Det er imidlertid sikker rett at ansiennitetstid gjennom tidene har vært et tungtveiende argument. Ansiennitet er best definert som tiden en arbeidstaker har vært i sammenhengende tjeneste hos arbeidsgiver. Det er arbeidsgiver sitt ansvar å foreta en reell beregning av arbeidstaker sin ansiennitet, og mislighold av denne plikten kan medføre at en oppsigelse blir annullert, jf blant annet Rt. 1962 s. 6.

3.1.1 Med tariffavtale

Dersom det foreligger en tariffavtale mellom en fagforening og arbeidsgiver, så er utgangspunktet at det må foretas en vurdering av ansiennitetsprinsippet. Det heter i hovedavtalen¹⁸ § 8-2 (1) at “ved oppsigelses på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn”. Dette må forstås slik at utgangspunktet i en utvelgelsesprosess er at ansiennitets rekkefølge skal følges, men at den kan avvikes dersom det finnes saklig grunn til det. En viktig funksjon som følger av dette utgangspunktet er at arbeidsgiver må redegjøre for grunnlaget til å avvike ansiennitetsprinsippet. Dette fører til en mye større synlighet og en grundigere vurderingen fra arbeidsgiver.

3.1.2 Uten tariffavtale

Dersom det ikke finnes en tariffavtale mellom fagforeningen og arbeidsgiver, så står naturlig nok ikke ansiennitetsprinsippet like sterkt i utvelgelsesprosessen. Det finnes heller ingen lovpålagt plikt til å prioritere ansatte med lengre ansiennitet tid, men det følger av langvarig

¹⁸ LO-NHO (2014-2017)

rettspraksis at dette er et tungtveiende argument. En symbolsk viktig dom er Rt. 1966 s. 393. I denne saken saksøkte 48 år gammel regnskapsfører sin tidligere arbeidstaker for usaklig oppsigelse. Høyesterett ga medhold, og det ble vektlagt at arbeidsgiver ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til at regnskapsføreren hadde jobbet i selskapet i 28 år. Høyesterett presiserte at arbeidstaker som har jobbet lenge i et selskap har krav på et "(...) særlig sterk rettsvern".

I Hillesland¹⁹ dommen uttalte høyesterett at ingen av partene "denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem". Faktum var at de ansatte som var utsatt hadde mellom 6 og 8 år ansiennitet i selskapet. Slik jeg forstår denne uttalelsen så vil ansienniteten sin vekt korrelere med hvor store forskjeller det er mellom de ansatte i en utvelgelseskrets. Det vil derfor være naturlig å tillegge ansiennitet betydelig vekt dersom det er tale om store forskjeller mellom de ansatte.

3.1.3 Avbrudd i arbeidsforholdet

Et viktig spørsmål knyttet til ansiennitetstid er hva som skjer dersom det forekommer avbrudd i arbeidsforholdet. Ansiennitetstid beregnes naturlig nok fra stiftelsen av arbeidsforholdet, uavhengig om det er tale om en heltids- eller deltidsstilling, og til arbeidsforholdet avsluttes. Videre er utgangspunktet at det er det sammenhengende arbeidsforholdet som skal legges til grunn. Det kan likevel stilles spørsmål ved hva som skjer dersom det oppstår midlertidige avbrudd i arbeidsforholdet. Det er sikker rett at kortere opphold fra arbeid som følger av sykefravær, lovbestemte permisjoner eller annet grunnlag for fravær ikke starter ansiennitetsberegningen på nytt. Det samme gjelder for ansatte som går ut i streik.

Avbrudd på grunn av oppsigelse

En problemstilling som ofte kommer opp er hva som skjer hvis en ansatt sier opp, men kommer tilbake på et senere tidspunkt. Det er sikker rett at i slike situasjoner så er utgangspunktet at ansiennitetstid beregningen starter fra det nye ansettelsesforholdet starter²⁰.

¹⁹ Rt. 1986 s. 879

²⁰ Dege, *Den individuelle arbeidsretten* (2009) s. 711

Det kan likevel stilles spørsmål som det er mulig å beholde ansienniteten fra det tidligere avsluttede arbeidsforholdet.

En tidlig dom som er relevant for dette emnet er Rt. 1962 s. 6, som ble gjennomgått tidligere. En viktig problemstilling som høyesterett tok stilling til var hvorvidt en oppsigelse som varte i fem dager før han ble ansatt igjen, fører til et nytt starttidspunkt for ansienitetsberegningen. Faktum var at regnskapsføreren fikk et brev hvor han ble informert om at han ble sagt opp som følge av en omorganisering i selskapet. Høyesterett konkluderte med at det var tale om et “rent midlertidig fravær som skyldtes bedriftens egen oppsigelse”, og at “(...) arbeidsforhold ved bedriften - tross sluttattesten - i realiteten ikke var opphørt i januar 1943..”. Det ble vektlagt at den ansatte kom tilbake til arbeid med en gang oppsigelsen ble trukket tilbake.

Det er naturlig å forstå denne dommen slik at dersom det er arbeidsgiver som avslutter arbeidsforholdet og den ansatte blir ansatt igjen innen rimelig tid, så skal det mer til for at dette avbryter ansiennitetstiden. Etter min mening fremstår dette som rimelig da det hindrer at en arbeidsgiver sier opp en ansatt og ansetter han igjen, med det formål å stoppe ansiennitet til denne ansatte. På den andre siden må det derfor forstås slik at dersom det er arbeidstaker som sier opp selv så vil det være vesentlig mindre beskyttelsesverdig, og det skal derfor mye til at den ansatte beholder ansienniteten dersom han blir ansatt igjen innen rimelig tid.

En annen viktig avgjørelse er ARD 1918-19 s. 193. Denne saken omhandlet ikke en oppsigelse, men problemstillingen om avbrytelse av ansiennitetstid som følge av oppsigelse kommer likevel på spissen da dette var avgjørende for en forfremmelse. I april 1917 ble skipet Harald Haarfager kapret av tyskerne under første verdenskrig. Flere av de ansatte ble sagt opp som følge av det ikke lengre var behov for dem, men det var fortsatt usikkerhet knyttet til om skipet ville bli gitt tilbake til selskapet og om stillingene dermed ville bli gjenoppført. I denne dommen konkluderte arbeidsretten med at forholdet, rettmessig, ble avbrutt da tyskerne tok skipet. Arbeidsretten la vekt på at det aldri var et spørsmål om “kortvarig midlertidig stans”, men heller at det mest sannsynlig ikke ville bli gjennom nær fremtid.

Etter min mening gir denne dommen uttrykk for et viktig poeng når det gjelder avbrytelse av arbeidsforholdet som følge av oppsigelse, nemlig hvor sannsynlig det etter forholdene fremstår som at arbeidsforholdet vil bli tatt opp igjen. Det må derfor gjøres en konkret

vurdering om grunnlaget til nedbemanningen vil endre seg. Dette vil i de fleste tilfeller være styrt av markedet, men også interne forhold som økonomi og teknologiske nyvinninger kan gi muligheter for bedriften. Videre må det være sannsynlig at arbeidsforholdet blir tatt opp igjen innen rimelig tid. Det må også her gjøres en konkret vurdering av hva som er å anse som rimelig.

Avbrudd på grunn av permisjon

Permisjon kan defineres som tjenestefrihet fra arbeidet i en begrenset periode. Typiske eksempler på permisjoner er svangerskapspermisjon og permisjon til å være hjemme med barna etter fødsel. Videre kalles det lønnet permisjon dersom den ansatte får utbetalt lønn under permisjonsperioden. Et viktig spørsmål er hvorvidt en permisjon avbryter ansiennitetstiden. Dette spørsmålet blir ikke regulert av lov, forarbeider eller rettspraksis. Det naturlige utgangspunktet er imidlertid at permisjoner gir en ansatt rett til å ikke utføre arbeidet i en begrenset periode, og det er derfor ikke tale om en avbrytelse av arbeidsforholdet. Den ansatte har således en plikt til å komme tilbake til arbeidet når permisjonen er over. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en ansatt fortsatt bygger ansiennitet når en er i permisjon.

Dette spørsmålet har ikke vært opp for domstolene, så vi må derfor se hen til juridisk teori. Henning Jakhelln argumenter for at en arbeidstaker ikke kan forvente at de øker ansiennitetstiden under fraværet som følge av permisjon. I boken arbeidsrettslige studier legger han vekt på at arbeidstaker gir av sin tid, og lærer ferdigheter som er spesifikt viktig for arbeidet, noe som er et viktig hensyn bak ansiennitet. Siden et viktig hensyn bak vektleggingen av ansiennitet er å belønne arbeidstaker sin investering av tid i bedriften, burde de derfor ikke belønnes i perioder hvor de ikke investerer sin tid. Videre vil derfor kortere permisjoner være mer verneverdige enn lengre perioder.

3.1.4 Konsernansiennitet

En problemstilling som kan dukke opp er hva som skjer dersom en ansatt har jobbet seg opp ansiennitet i et annet selskap, under samme konsern. Denne problemstillingen var opppe for Høyesterett i HR-2017-1943-A. I denne saken anførte to helikopterpiloter at siden selskapet de jobbet for ikke regnet med ansienniteten deres fra et annet datterselskap i utlandet, så måtte deres oppsigelse som følge av en nedbemanning være usaklig. Som hjemmel for sin påstand

viste de særlig til forarbeidene²¹. Her heter det at "hovedregelen vil dermed være at det som for arbeidstakeren vil oppleves som en faktisk sammenhengende tilsetning i en virksomhet skal legges til grunn, uavhengig av formelle eierforhold m.v. Regelen bør få betydning som veiledning når det skal vurderes om en oppsigelse er saklig i henhold til § 60, hvor vedkommende tilsetningstid jevnlig er en viktig faktor i forbindelse med saklighetsvurderingen, se også § 60 nr. 3". Høyesterett konkluderte imidlertid med at det ikke var grunnlagt i denne saken å legge vekt på ansiennitet fra andre deler av samme konsern. Det ble spesielt vektlagt at det i denne saken lå til grunn en tariffavtale som tok utgangspunkt i selskapsansiennitet, og at selv om forarbeidene viser til en vurdering rundt konsernansiennitet så var ikke dette tungtveiende nok til å fravike tariffavtale. Det vil derfor stille seg annerledes dersom det ikke foreligger en tariffavtale, og i slike tilfeller kan det være saklig å ta med konsernansiennitet i beregningen.

3.2 Kvalifikasjoner

Det ble uttalt i Rt. 1986 s. 879 at "det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov". Det er flere hensyn som kan vektlegges under paraplybegrepet "kvalifikasjoner", hvor da spesielt arbeidstakeren sine ferdigheter, erfaring og hvor effektive de er i sitt arbeid kan vektlegges²². Dette er imidlertid ikke en utfyllende liste da alle hensyn knyttet til den ansatte sine kvalifikasjoner til å utføre arbeidet, i teorien, kan vektlegges dersom de er saklige i den konkrete situasjonen²³. Etter min mening er det naturlig å også vektlegge tidligere arbeidserfaring som kan være relevant for bedriften i fremtiden. Dette kan for eksempel være tidligere erfaring med å jobbe med en ny teknologi som kan være ønskelige å implementere i fremtiden.

Hensynet bak muligheten til å vektlegge kvalifikasjoner i en utvelgelsesprosess er arbeidsgiver sitt behov for å beholde ansatte som er viktige for den fremtidige driften av selskapet. Hovedformålet for alle selskaper, offentlige institusjoner og organisasjoner er å oppnå et gitt mål. Det er derfor naturlig ønskelig og hensiktsmessig å beholde de ansatte som har de rette kvalifikasjonene til å realisere dette målet. Dette argumentet vil ha variert styrke

²¹ *Ot.prp. nr. 41 - 1975-76 - side 71*

²² *ILO-rekommandasjon av 1963 nr. 119 -15 (2) b).*

²³ *Dege - Den individuelle arbeidsretten; del 1 og 2 s. 707*

avhengig av bransje og konkurransesituasjon. Videre, dersom det foreligger grunnlag til å nedbemanne, så kan det være avgjørende for selskapets fremtid å beholde visse kvalifikasjoner hos de ansatte. Vektlegging av kvalifikasjoner kan derfor kan ses på som en utstrekning av selskapet styringsrett.

Videre må dette ses i lys av samfunnsutviklingen. Dagens bedrifter er mer avhengige av de ansatte sine ferdigheter enn bare deres fysiske arbeidskraft. Dette skyltes i stor grad at bedrifter har blitt mer spesialiserte, og selger sin kunnskap og ekspertise. Dette blir også presisert av departementet i forarbeidene; "Beskrivelser av arbeidslivet de seneste årene har fokusert på at arbeidslivet er gjennomgående forandret. Det legges blant annet vekt på at utdanningsnivået har steget over flere tiår, at informasjonsteknologien forandrer arbeidsprosesser og arbeidsoppgaver, og at arbeidet oftere organiseres som prosjekt. Videre framheves at den enkelte arbeidstaker får større ansvar og større autonomi i sin jobbutførelse, og at arbeidsdagen er fleksibel med stort innsalg av hjemmearbeid. Den moderne arbeidstaker har i en slik beskrivelse ofte blitt mer oppmerksom på sin verdi i kraft av sin utdanning, og er blitt langt mer individualistiske i sin holdning til arbeid og arbeidsliv. I den sammenheng pekes det på at de skifter ofte jobb, er blitt langt mer opptatt av å utvikle sin faglighet og sine personlige egenskaper enn å holde fast ved det sosiale miljøet på en enkelt arbeidsplass."

3.2.1 Den ansatte sin kompetanse

Som beskrevet over så er det vanskelig å begrense hvilken type kvalifikasjoner som er saklig å vektlegge. Det må imidlertid legges til grunn en minstandard for hva som er å anse som "manglende". Jakhelln argumenterer for at dersom arbeidstakeren utfører arbeidet på en tilfredsstillende måte så vil det ikke være saklig å vektlegge at det finnes andre på arbeidsmarkedet som har høyere kompetanse.

Et viktig spørsmål er hvor mye vekt som skal tillegges den ansatte sin kompetanse til å utføre arbeid. I LG-2000-207 var faktum at en datakonsulent ble sagt opp som ledd i en lovlig nedbemanning på grunn av rasjonaliseringstiltak. Arbeidstakeren som ble sagt opp hadde jobbet i bedriften siden 1985, men den ansatte som fikk beholde stillingen sin hadde jobbet i bedriften siden 1998. Retten konkludert med at det i dette tilfelle ikke var saklig å fravike ansiennitetsprinsippet. Det ble uttalt i dommen at "det legges til grunn at de hensyn som anføres for å fravike ansiennitetsprinsippet, må være mer tungtveiende jo klarere

ansiennitetsforskjellen er, jf Fanebust s. 184. Som hovedregel må ansiennitetshensynet vike dersom dette er nødvendig for at bedriften skal kunne beholde arbeidstakere som har kortere ansiennitet, men som har klart bedre kvalifikasjoner, jf Fanebust s. 181”. Det vi kan lese ut av det som er vektlagt i dommen er at de ansatte i selskapet hadde bygd opp kompetanse som følge av sin lengre tid i selskapet. Dette må naturlig nok være med i vurderingen når kompetanse skal vurderes opp mot ansiennitet.

En annen viktig dom er LH 2000 s. 359 som omhandler en sak hvor en elektriker ble sagt opp i en nedbemanning som følge av dårlige økonomiske resultater. Oppsigelsen ble begrunnet i at arbeidstakeren manglet fagbrev og var derfor avskåret fra selvstendig arbeid. Domstolen uttalte følgende: ”En økonomisk forsvarlig drift er en forutsetning for at en bedrift skal kunne opprettholde virksomheten. Det må foretas en løpende vurdering av arbeidsstyrkens kvalifikasjoner sett i forhold til de krav som markedet stiller til bedriften og dens varer og tjenester. Dette kan medføre at man i tilfelle av driftsinnskrenkninger må se bort fra bedriftsansiennitet, og legge avgjørende vekt på om vedkommende har de kvalifikasjoner som er nødvendige for at virksomheten skal kunne opprettholdes”. I denne saken så var det tale om en 18 måneder opplæringsprosess for den ansatte å oppnå fagbrevet.

Denne dommen gir uttrykk for at bedriften sin økonomiske situasjon kan gjøre det saklig å vektlegge kompetanse over ansiennitet. Etter min mening er dette en god løsning da det i visse tilfeller ikke vil være forsvarlig for bedriftens overlevelse å miste spesifikk kompetanse. Retten viser til at “en økonomisk forsvarlig drift er en forutsetning for at en bedrift skal kunne opprettholde virksomheten”, og dette er en av grunntankene bak et kapitalistisk marked. Videre vil det gå utover alle de ansatte i selskapet dersom selskapet går konkurs. Dette utgangspunktet får også støtte fra rettspraksis²⁴.

Et annet poeng som følger av denne dommen er at dersom bedriften har vist seg å være villig til å prøve å finne en annen rolle til den den ansatte i bedriften, og den ansatte ikke aksepterer tilbudet, så skal det mindre til for å saklig fravike ansiennitetsprinsippet.

Opplæring

²⁴ RG 1990 1098

Et viktig spørsmål er om det saklig å vektlegge om arbeidsgiver kan klandres for den manglende kompetansen hos den ansatte. Det vil i mange bedrifter være opp til arbeidsgiver å påse at de ansatte får den riktige opplæringen for å utføre sitt arbeid. Dette spørsmålet har vært oppe for tingretten i NAD 1987 s. 429. Selv om dette er dom fra en lavere instans, så gir dommen gode argumenter for sine konklusjoner og viser til tyngre rettskilder. I denne dommen tok domstolen stilling til hvorvidt det var usaklig å legge vekt på kompetanse over ansiennitet i en oppsigelse av en supervisor trainee i oljeboringselskap. Oppsigelsen var et ledd i en nedbemanningsprosess hvor arbeidsgiver la avgjørende vekt på at den ansatte ikke hadde de riktige kvalifikasjonene som trengs i rollen som supervisor. Retten konkluderte med at “(...) arbeidstakerens kvalifikasjoner ikke sto tilbake for de tre øvrige supervisors i selskapet. Eventuell forskjell i dyktighet måtte skyldes mangelfull opplæring, som særlig var selskapets ansvar”.

Dommen gir uttrykk for at dersom arbeidstaker kan klandres for at den ansatte ikke har fått en adekvat opplæring, og at den ansatte derfor mangler visse kvalifikasjoner, så er det ikke saklig å legge vekt på de manglene kvalifikasjonene.

Det neste spørsmålet som reiser seg er, når er det naturlig å klandre arbeidsgiver for manglende opplæring av arbeidstaker. Etter min mening kreves det en konkret vurdering, hvor særlig hvor synlig behovet for den ønskede kvalifikasjoner er, samt hvor viktig disse kvalifikasjonene er for å tilfredsstillende kunne fullføre arbeidsoppgavene. Et veldig forenklet eksempel er dersom en ansatt bli sagt opp som følge av manglende ferdigheter i microsoft excel, men dersom dette ikke er et verktøy bedriften bruker i sin daglige drift, så kan ikke arbeidsgiver klandres for at den ansatte ikke har fått opplæring i dette. Denne forståelsen av rettstilstanden får også støtte fra rettspraksis. I Rg 1992 s. 1167 tok tingretten stilling til om det var saklig å si opp en 58 år gammel kontorassistent som følge av at hun ikke hadde kvalifikasjonene nødvendig for en annen posisjon i selskapet. Domstolen slo fast at den ansatte “(...) hadde behov for en forholdsvis lang opplæringstid for å kunne arbeide selvstendig og effektivt og derved fylle en stilling ved ordrekontoret på linje med de øvrige ansatte”. Videre konkluderte de med at i dette tilfelle var saklig å vektlegge hennes manglende kompetanse tyngre enn hennes lengre ansiennitetstid i forhold til de andre aktuelle ansatte. Det gis dermed uttrykk for at det ikke kan forventes at arbeidsgiver skal stå ansvarlig for den manglende kompetansen når dette ikke følger naturlig av den inneværende rollen.

I en annen sak ble en 58-årig kontorassistent som ble ansatt i 1979 ble sagt opp på grunn av nødvendige driftsinnskrenkninger. Hun hevdet at en av de fem som ble ansatt ved ordrekontoret i 1980-84 ut fra ansiennitetsbetraktninger skulle ha vært sagt opp i stedet for henne. Retten fant oppsigelsen saklig. Arbeidstakeren ville trenge et halvt års opplæring for å kunne fylle en stilling ved ordrekontoret. Det forelå dermed så ulike faglige forutsetninger at bedriften med rette hadde sett bort fra hennes bedre ansiennitet.

En annen relevant dom er NAD 1987 -867. Her ble en oppsigelse av et bud i et apotek erkjent usaklig som følge av at arbeidsgiver hadde lagt avgjørende vekt på manglende kompetanse over ansiennitet. Domstolen uttalte at “flere apotekteknikere og to rengjøringshjelpere hadde kortere ansiennitet enn det oppsagte bud. Retten fant at det ikke ville være riktig å si opp en av apotekteknikerne, fordi budet ville trenge en lang opplæringsperiode før arbeidsgiver fikk full nytte av ham i en slik stilling. Derimot var det i strid med tariffavtalen å si opp budet når de to rengjøringsassistentene fikk beholde sine stillinger. Budet hadde sagt seg villig til å ta hvilket som helst arbeid, også renhold, og retten la til grunn at han etter en kort innføringsperiode ville kunne utføre dette arbeid tilfredsstillende”. Dommen gir uttrykk for at det er mer saklig å klandre arbeidsgiver for manglende opplæring dersom arbeidsoppgavene er mindre kompliserte.

3.2.2 Personlig egnethet

Et annet viktig vurdering som kan tillegges vekt i en utvelgelsesprosess er hvorvidt den enkelte ansatte har visse personlige ferdigheter eller egenskaper som gjør dem mer egnet til å utføre arbeidet, i forhold til de andre utsatte ansatte. I RG 2001 s. 1276 måtte et selskap redusere det totale ansatte med 50 personer. Selskapet valgte å bruke utvelgelseskriterier med vekt på kompetanse, markedsinngrep, egnethet og deretter ansiennitet. En 56 år gammel hva med lang ansiennitet og solid kompetanse innen fagfeltet ble sagt opp på grunn av “manglende samarbeidsevner overfor ledelsen og manglende lojalitet”. Det følger av faktum at arbeidsgiver sendte arbeidstakeren et lengre brev hvor de gikk grundig gjennom sitt rasjonell. Det følger av brevet at avgjørende vekt ble lagt på at arbeidstakeren sine “ (...) manglende evner til å samarbeide med ledelsen (...). Det vises til en vel kjent personalsak ved X som nå har pågått i 3,5 år og som fortsatt verserer etter at ledelsen har gjort det som kan forventes for å få saken ut av verden. Denne saken har involvert mange personer og har lagt

beslag på vesentlig ledelseskapasitet og har således, i tillegg til å bidra til samarbeidsproblemer mellom ledelsen og ansatte, påført bedriften betydelige kostnader”. Flertallet i dommen kom til at utvelgelseskriteriene var saklige, hvor de særlig påpekte at “(...) herunder at kriteriet egnethet, slik det er forstått av flertallet, er et kriterium med vesentlig relevans ved en omorganisering i en vanskelig markedssituasjon”.

Et interessant poeng med denne dommen er at den viser til personlig egnethet, ikke som den faglige kompetanse til den ansatte, men som personlighet og evnen til å jobbe i et team. Etter min mening gjør domstolen en fornuftig vurdering, da forskning²⁵ viser at bedrifter med en kultur rundt samarbeid vil være vinnerne i fremtiden. Det vil derfor være viktig å beholde ansatte som kan jobbe godt i grupper og som ikke skaper et giftig miljø på arbeidsplassen.

3.3 Sosiale hensyn

Sosiale hensyn er hensyn som er mindre spesifikke enn hensyn til kvalifikasjoner eller ansiennitet, og som faller inn under en helhetsvurdering. Det handler derfor mer om en avveining av ulempene en oppsigelse vil medføre for enkeltindividet, hvor flere hensyn kan vektlegges. Hjemmelen for å vektlegge slike hensyn finnes i rettspraksis. I Rt. 1986 s. 879 uttalte høyesterett at ”det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet og også klare sosiale eller menneskelige hensyn”.

Slike sosiale hensyn må selvfølgelig ses i lys av hvordan de samme sosiale hensynene utspiller seg for de andre ansatte. Dersom det samme hensynet gjør seg gjeldende for alle, eller flere, av de ansatte som er i utsatt posisjon så vil naturligvis ikke hensynet bli brukt til å skille de ansatte.

3.3.1 Alder

Det er naturlig at det oppstår situasjoner hvor en arbeidsgiver som må gjennomføre en nedbemanning, ønsker å prioritere ansatte som blir værende i arbeid i lengre periode etter

²⁵ <https://hbr.org/2012/03/the-new-science-of-building-gr> - April 2012 issue of Harvard Business Review (sett februar 2018)

oppsigelsen. Det er kostbart å finne, ansette og lære opp arbeidstakere, og det er derfor generelt fordelaktig å beholde de ansatte som kan bli lengre i selskapet. Det blir også ansett som ønskelig i mange bedrifter å ha en arbeidskraft hvor det både er yngre og mer senior ansatte, og det kan derfor være ønskelig å prioritere hvem som skal sies opp basert på alder.

Det følger imidlertid av aml § 13-1 at “direkte og indirekte diskriminering på grunn av (...) alder er forbudt”. Denne paragrafen viser til det generelle kravet om diskriminering, og gjør seg derfor gjeldende rundt spørsmål om oppsigelse. Lovteksten gir lite føringer for hvilke vurderinger rundt alder som beskyttes av paragrafen, men det er naturlig å forstå det slik at diskriminering av både lav og høy alder er ulovlig. Det følger likevel av forarbeidene²⁶ at §13-1 er en videreføring av tidligere gjeldende rett etter lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 1977, hvor det fremgår av forarbeidene at utgangspunktet var å verne arbeidstakere med høyere alder.

Det heter i § 15-13 a (1) at “arbeidsforholdet kan bringes til opphør når arbeidstaker fyller 72 år”. Det ble tidligere stilt spørsmål vedrørende om denne paragrafen i seg selv var i strid med forbudet mot å aldersdiskriminering. Denne problematikken ble vurdert i forarbeidene²⁷.

Departementet uttalte følgende; “arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd, som gir arbeidsgiver adgang til oppsigelse av arbeidsforholdet etter fylte 70 år, ikke er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder. De hensyn som ligger til grunn for en slik regel er i tråd med kravet til saklig formål, slik dette fremkommer i direktivets artikkel 6 og arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd. Dette på bakgrunn av en samlet vurdering der verdig avgang, arbeidslivspolitiske hensyn, forholdet til andre EU-lands nasjonale lovgivning og viktigheten av å ha et regelverk som er robust for konjunktursvingninger er sentrale momenter”.

Utgangspunktet er derfor at for å fastsette aldersgrenser for de ansatte så må vilkårene for unntak være oppfylt. Det har imidlertid vært en utbredt praksis i næringslivet å operere med aldersgrenser under den lovpålagte lovlige grensen på 72 år.

²⁶ (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325)

²⁷ (Ot.prp.nr.54 (2008-2009))

Departementet uttalte i samme utredning²⁸ at det “et utgangspunkt ved vurderingen vil være at aldersgrenser som er fastsatt ut fra hensynet til sikkerhet og utøvelse av yrke, eller nasjonale mål for sysselsettingspolitikken for øvrig, vil ligge innenfor rammen av det som er saklig i denne sammenhengen”.

Det må derfor ses hen til § 13-3 som oppstiller flere unntak hvor diskriminering kan være lovlig, hvor da § 13-3 (2) er særlig relevant. Her heter det at “forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder (...)”.

En problemstilling som er særlig relevant er hvorvidt det vil være saklig å vektlegge et ønske om å ha en yngre gjennomsnittsalder i bedriften. Denne problemstillingen har vært oppe til vurderingen i høyesterett i Rt. 2011 s. 609. I 2009 besluttet SAS å si opp ti piloter som alle var eldre enn 60 år. Det ble vist til at etter den gjeldende tariffavtalen var pensjonsalderen 60 år, men etter reglene som regulerte fly sertifiseringen så hadde pilotene lov til å fortsette å fly til de var fylt 65. Videre fulgte det av faktum i saken at normen i SAS var å tillate piloter å fortsette så lenge sertifiseringen var gyldig, altså til 65 år.

Den overordnede problemstillingen som flyselskapet stod ovenfor var at de hadde for mange arbeidere, og dette var ikke økonomisk forsvarlig for å sikre videre drift. De ble derfor nødt til å gjennomføre en nedbemanningsprosess, hvor de ble enige med de relevante fagforeningene til pilotene om at de kunne fravike tariffavtalens bestemmelser rundt ansiennitet. Pilotene som ble sagt opp mente at vektleggelsen av alder ikke var saklig.

Høyesterett konkluderte med at oppsigelsen var gyldig. Grunnlaget for domstolen sin beslutning var at avtalen om å fravike aldersbestemmelsen falt inn under unntaket etter § 13-3 (2), siden arbeidstakeren sin vurdering om av at en oppsigelse av denne aldersgruppen ville medføre minst konsekvenser. “Ifølge protokollen foretok partene en bred vurdering hvor ulike hensyn ble tillagt vekt, herunder hvordan den enkelte arbeidstaker ville bli rammet av en oppsigelse. For meg er det klart at det er et legitimt formål innenfor rammene av norsk rett å legge vekt på sosialpolitiske hensyn som den enkeltes muligheter til forsørgelse etter en

²⁸ (Ot.prp.nr.54 (2008-2009))

eventuell oppsigelse”. Videre ble ikke vektleggingen av alder vurdert som uforholdsmessig, da pilotene som ble sagt opp som følge av aldersgrensen på 60 år hadde veldig gunstige pensjons goder. Det var på det rene at uavhengig av hvem som ble sagt opp, så ville disse personene ha problemer med å finne relevant arbeid da arbeidsmarkedet var i en regresjons periode. Det ble derfor ansett som forholdsmessig at ansatte med kort tid igjen i markedet, samt bedre oppsigelses goder, ble sagt opp over de yngre som hadde lengre tid i markedet og dårligere vilkår ved en oppsigelse.

Min forståelse av rettsstillingen er at det kreves særlige argumenter for å vektlegge høy alder alene. Etter SAS dommen ble det lagt avgjørende vekt på at det var et vanskelig arbeidsmarked, hvor de yngre ville ha større vansker med situasjonen enn det de eldre ville hatt. Dette resonnementet kan snus på hodet, dersom en høy alder gjør det vanskelig å finne relevant arbeid etter en oppsigelse. I slike tilfeller vil det være saklig å vektlegge alder som et sosialt hensyn. Dette synet støttes også opp av tidligere rettspraksis, da mest nevneverdig Rt. 1986 s. 879 hvor høyesterett uttalte at det var saklig at “bedriften la vekt på at han ville ha større vansker enn de øvrige med å få nytt arbeid” som følge av hans høye alder. Dette synet får også støtte fra forarbeidene, hvor departementet presiserte at det kan være vanskelig for en “eldre” ansatt å få nytt arbeid. Terskelen for hvilke aldersgrupper som er å anse som “eldre” må naturligvis bli satt etter konkret vurdering, hvor hensyn til om arbeidet er fysisk krevende eller farlig kan være viktige momenter.

Dersom det kan påvises at det foreligger situasjon hvor noen av de ansatte vil ha problemer med å få et nytt arbeid som følge av deres alder, høy eller lav, så vil det være forholdsmessig å legge vekt på dette. Det vil derfor være saklig etter § 13-3 (2).

3.3.2 Sykdom

Problemstillingen er hvorvidt en arbeidsgiver i en nedbemanningsprosess kan vektlegge sykefravær eller andre faktorer som kan påvirke evnen til å utføre arbeidet. Det vil naturlig nok oppstå situasjoner hvor det vil være ønskelig for en bedrift å “kvitte” seg med ansatte som har en redusert arbeidsevne grunnet sykdom, men på den andre siden vil det være veldig vanskelig for de ansatte med redusert arbeidsevne å finne nytt arbeidet. Hensynet til den ansatte står derfor sterkt i slike situasjoner.

Aml § 15-8 gir et generelt oppsigelsesvern for “arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom”. Dette vernet varer i 12 måneder etter at arbeidsuførheten oppstod. Dette vernet gjelder imidlertid kun for oppsigelse som er begrunnet i sykdommen, og gir derfor ikke noe vern mot oppsigelse grunnet andre forhold. Det er derfor adgang til å si opp ansatte som er sykemeldt i en nedbemanningsprosess som skyldes virksomhetens forhold. Utgangspunktet er imidlertid at det er saklig å kunne vektlegge sykdom som et argument i favør for arbeidstaker. Det som derimot er usikkert er om det er saklig å vektlegge sykdom som et argument til skade for den sykemeldte. Denne problemstillingen har vært opp for domstolene og vi må derfor se hen til rettspraksis for svar.

I forarbeidene til forrige loven ble det presisert at ”særlig har rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste.”

Det følger av rettspraksis at dersom en arbeidstaker har hatt lengre perioder med sykefravær over lengre tid, og det ikke foreligger holdepunkter for at dette vil endre seg, så kan det være saklig å vektlegge sykefraværet i utvelgelsen i en nedbemanning. LH 2002 s 652 omhandler en sak hvor arbeidsgiver ønsket å si opp en ansatt som gjennom arbeidsforholdet hadde hatt flere lengre perioder med sykemelding. Det var imidlertid på det rene at den ansatte hadde lang ansiennitetstid og at arbeidsgiver dermed ønsket å vektlegge det betydelige sykefraværet over ansiennitetstid. Domstolen konkluderte med at dette ikke var saklig. Det må imidlertid påpekes at den ansatte hadde hatt vesentlig mindre sykefravær de siste to årene, og det så derfor ut til å bli bedre. Videre var det en annen ansatt med høyere sykefravær som arbeidsgiver ikke hadde sagt opp og arbeidsgiver hadde ikke noen god forklaring på denne forskjellsbehandlingen. Jeg forstår likevel dommen slik at det skal mye til å avvike fra ansiennitetstid med hensynet til sykdom eller annen grunn til redusert arbeidsevne.

En annen sentral dom er NAD 1988 s 263. Faktumet var at en maskinoperatør ble sagt opp som følge av at han hadde problemer med ryggen og arbeidsgiver kunne derfor ikke putte arbeidstaker rullering med andre ansatte. Lagmannsretten konkluderte med at det var saklig å vektlegge arbeidstaker sin “manglende allsidighet”. Det ble imidlertid presisert at domstolen var enig i arbeidstaker sin vurdering om at det ikke forelå noen grunnlag for å anta

sykefraværet vil avta fremover. Dette viser igjen at domstolene legger vesentlig vekt på om sykdommen, eller den reduserte arbeidsevne, vil være vedvarende.

Et spørsmål som reiser seg er hvor grensen for når den sykdommen eller reduserte arbeidsevnen er tilstrekkelig alvorlig til å være saklig å vektlegge. Det er naturligvis ikke mulig svare på dette med en konkret terskel, da sykdommer og evnen til å arbeide vil variere avhengig av personlighet, rolle og arbeidsoppgaver. Det er imidlertid mulig å gi visse føringer hvor slike retningslinjer kan trekkes. Etter gjennomgangen over så er det naturlig anta at dersom sykdommen varig, og det ikke foreligger noe som taler for at dette kommer til å endre seg, så vil hensynet til sykdom kunne tillegges mer vekt. Videre må det antas at jo større ulempe sykdommen eller den nedsatte arbeidsevnen medfører for bedriften, jo mer naturlig er det å anse det som saklig vektlegge.

3.3.3 Arbeidstaker sin økonomiske situasjon

Det kan oppstå situasjoner hvor den enkelte arbeidstaker sin økonomiske situasjon medfører at det en oppsigelse vil ha en stor negativ påvirkning dersom han eller hun mister sin inntekt. Dersom dette stiller seg ulikt for de andre ansatte som er utsatte i en nedbemanningsfase, så kan det være saklig å legge vekt på dette i en utvelgelsesprosess. Dette kan anvendes i et negativt perspektiv dersom en eller flere av de ansatte vil i særlig grad bli mindre påvirket av oppsigelse, i forhold til de andre ansatte, og det da kan det være saklig å legge vekt på dette i deres disfavør. Dette hensyn kommer spesielt på spissen dersom arbeidstaker er en forsørger eller dersom arbeidstaker har krav på pensjon.

En viktig situasjon som har vært oppe for domstolene er hvorvidt det er saklig å vektlegge at en eller flere av de ansatte har krav på pensjon, og en oppsigelse vil derfor få mindre økonomiske konsekvenser for dem. Dette var et av spørsmålene som ble gjennomgått i Rt. 2011 s. 609, som ble gjennomgått under utvelgelseskriteriet sosiale hensyn og alder. Høyesterett uttalte at “konsekvensene oppsigelsen får for den enkelte arbeidstaker, må utvilsomt kunne trekkes inn ved saklighetsvurderingen (...)”. Retten konkluderte derfor med at det var saklig å legge vekt på de individuelle følgene en oppsigelse ville medføre for de utsatte ansatte, og at det i dette tilfelle var saklig si opp pilotene som kunne benytte seg av pensjonsrettigheter.

En annen situasjon er hvorvidt det skal tillegges vekt til om en ansatt har forsørgelsesansvar. I Rt. 1986 s. 879 tok høyesterett stilling til om det var relevant å vektlegge at en av de ansatte hadde eneansvaret for et barn på 10 år, som et argument for å avvike ansiennitet. I denne dommen konkluderte høyesterett med at det var saklig å vektlegge forsørgelsesansvaret, da det “ (...) ville ha større økonomisk tap enn de ankende parter, og som eneforsørger ville hun rammes meget sterkere”. Denne dommen viser at det kan være saklig å vektlegge at en ansatt har forsørgelsesansvar, men det følger videre av dommen at det kreves en betraktelig annerledes livssituasjon fra de andre utsatte ansatte. Dette synet får støtte av tidligere rettspraksis²⁹

Dommen tok også stilling til om dette var problematisk med hensyn til diskriminering. Domstolen uttalte at “de sosiale hensyn Hillesland la vekt på, er i seg selv kjønnsnøytrale, og å legge vekt på at en arbeidstaker er eneforsørger, er klart i tråd med likestillingslovens formål. De helt overveiende antall eneforsørgere med barn er kvinner. Også etter likestillingsloven må det kunne tas sosiale hensyn.”

En dom som viser at dette hensyn kan bli brukt som et argument i motsatt retning er Rt. 1967 s. 91. I denne dommen ble det stod arbeidsgiver overfor en interesseavveining mellom ansiennitet og sosiale hensyn. Det følger av dommen at arbeidstakere “(...) var på oppsigelsestiden 66 år og hadde vært i bedriftens tjeneste i 41 år. På den annen side var han frisk og hadde ingen forsørgelsesbyrde idet hans hustru er ansatt i en relativt godt lønnet kommunal stilling”. Høyesterett konkluderte med at det var saklig å si opp denne ansatte.

3.4 Vektlegging av hensynene

Arbeidsmiljøloven gir ingen føringer for hvilke hensyn som er saklige å vektlegge, og dermed heller ingen føringer for hvordan hensynene skal vektes opp mot hverandre. For bedrifter som er bundet hovedavtalen mellom LO og NHO, vil hovedavtalen være en viktig rettskilde for å bestemme den innbyrdes vekten mellom de aktuelle hensynene. Det heter i hovedavtalen § 8-2: “Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn. Hvis bedriften i forbindelse med innskrenkninger i arbeidsstyrken finner grunn til å fravike ansienniteten og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er

²⁹ Rt. 1967 s. 91 og Rt. 1984 s. 1058

saklig begrunnet, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene.”

Arbeidsgiver som er bundet av hovedavtalen må derfor begynne vurderingen med ansiennitet og kun dersom det foreligger saklig grunn kan dette avvikes.

Det er imidlertid sikker rett at ansiennitet, uavhengig av om bedriften er bundet av hovedavtalen, skal tillegges vekt i en utvelgelsesprosess. Dette følger av langvarig høyesterett praksis³⁰ og må anses som en del av den norske rettsstillingen. Det vil derfor fremgå som en tilsvarende interesseavveining mellom ansiennitet og andre relevante hensyn. Det må likevel antas at terskelen for å avvike ansiennitet står høyere i situasjoner hvor bedriften er bundet av hovedavtalen.

3.4.1 Vektlegging av kvalifikasjoner

Hvor mye vekt de ansatte sine kvalifikasjoner skal tillegges vil være avhengig av en interesseavveining mellom behovet for effektiv drift på en side og de individuelle hensynene på den andre siden. Det betyr at jo mer avhengig av visse kvalifikasjoner hos de ansatte bedriften er, og jo større konsekvensen blir for bedriften å miste disse kvalifikasjonene, jo mer naturlig er det å tillegge dette vekt over andre hensyn³¹. Det kan for eksempel være et konsultentselskap, som satser på IT-bedrifter, som har store økonomiske problemer som følge av at kundene ønsker konsulenter som har høy teknisk kompetanse. Dersom bedriften ikke vil overleve dersom de mister konsulentene med høyere teknisk kompetanse, så vil det potensielt være saklig å vektlegge deres konkrete kompetanse over både ansiennitet og sosiale hensyn. På en annen side dersom bedriften ikke vil gå under, men likevel vil få en større inntjening dersom de ansatte med høyere kompetanse blir så vil dette medføre at hensynet til de ansatte sine kvalifikasjoner vil få mindre vekt.

En dom fra lagmannsretten som illustrerer dette er NAD-1981 s. 338. I denne saken to domstolen stilling til om en oppsigelse av to tegnere i skipsverft i en nedbemanning (aml. § 60 nr. 1) var saklig. Begge de oppsagte tegnerne hadde betraktelig lengre ansiennitetstid enn de ansatte som fikk beholde sin stilling, hvor da en av de som ble værende i sin stilling kun hadde 8 måneders ansiennitetstid. Retten kom til at bedriftens avgjørelse ikke stred mot ansiennitetsprinsippet. “Retten la vekt på at de to andre ansatte var allsidigere og mer

³⁰ Rt. 1966 s 393

³¹ Rt. 1986 s. 879

anvendelige, og bedriften derfor hadde truffet sin avgjørelse etter en grundig saksforberedelse og ut fra et forsvarlig skjønn” (NAD-1981 s. 338 oppsummering). Det som var unikt med denne dommen var at domstolen anerkjente at begge de to tegnerne “var i en alder da man nødvendig skifter arbeid og bedriften hadde vært klar over deres vanskeligheter”. Det ble lagt avgjørende vekt på at bedriften var i en “(...) fortvilet økonomisk situasjon. Alternativet kunne lett bli full nedleggelse (...)”. Denne dommer viser at dersom bedriften er i ekstremt vanskelig situasjon, som potensielt kan føre til konkurs, så kan hensynet til de ansatte kvalifikasjoner utveie både ansiennitet og sosiale hensyn.

Videre må det vurderes konkret hvor stor forskjell det er i ansiennitetstid. Dette ble presisert i Rt. 1986 s. 879 hvor høyesterett la vekt på at det ikke forelå noen “betydelig” forskjell i ansiennitet mellom de to ansatte, og at det derfor var mer naturlig at kompetanse kunne bli tillagt vekt. Begrunnelsen til at vekten til ansiennitet øker jo lengre en ansatt har arbeidet for selskaper, jo mer har den ansatte investert sin tid til å lære seg ferdighetene som trengs for å fullføre sin rolle. Det er derfor naturlig at dette hensyn veier mer dersom det er tale om en lengre periode i arbeid, og er derfor også mindre beskyttelsesverdig dersom det er tale om en kort periode i arbeid.

3.4.2 Vektlegging av sosiale hensyn

Det er sikker rett at det kan være saklig å legge vekt på sosiale hensyn i en utvelgelsesprosess. Videre følger det av rettspraksis at det er en plikt å undersøke om det foreligger noen sosiale hensyn som burde tillegges vekt under en utvelgelsesprosess³². Spørsmålet som reiser seg er dermed om sosiale hensyn kan veie mer enn ansiennitet og kvalifikasjoner.

Dette spørsmålet har vært oppe for retten flere ganger. I Rt. 1986 s. 879 ble det lagt vekt forsørgelsesansvaret til den ansatte, og denne dommen viser at det er mulig å legge avgjørende vekt på sosiale hensyn.

Utgangspunktet er derfor at sosiale hensyn kan veie tyngre enn de to andre kriteriene. Det må imidlertid nyanseres litt, da det rettspraksis også peker i retning av at sosiale hensyn sin vekt vil være større dersom det er vanskelig å skille de ansatte etter ansiennitet og kvalifikasjoner. I Rg 1994 s. 1250 var en 43 år gammel laborant sagt opp på grunn av sviktende

³² Rg 1992 side 669

oppdragsmengde. Domstolen konkluderte med at oppsigelsen var rettsstridig siden det arbeidsgiver ikke hadde tatt i betraktning "(...) at det forelå klare sosiale eller menneskelige hensyn som kunne begrunne et valg. Her la retten vekt på at arbeidstakeren hadde en hjertefeil som gjorde det vanskelig å få nytt arbeid, samt hans økonomiske situasjon".

Domstolen uttalte videre at de ikke fant noe som "(...) skiller saksøkeren fra flere av de andre ansatte som ikke ble oppsagt. Det kan derfor bli avgjørende om det foreligger klare sosiale og menneskelige hensyn som kan begrunne et valg". Denne uttalelsen viser til nyanseringen av vektlegging, da det domstolen først legger til grunn at det var vanskelig å skille de ansatte etter ansiennitet eller kompetanse. Det fremstår derfor slik at dersom det foreligger store variasjoner i enten ansiennitet eller kompetanse, eller begge, mellom de ansatte, så vil det være saklig å legge avgjørende vekt på sosiale hensyn.

Til slutt følger det av Rt. 2008 side 749 at dersom den ansatte har blitt tilbudt relevant arbeid, og takket nei, så skal det mye til å tillegge sosiale hensyn mye vekt. Det følger også av samme dom at "det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, ..., har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte".

Litteraturliste

Dege, *Den individuelle arbeidsrett - del I og II*, 1. utgave, Oslo, 2009

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo, 2001

Johansen og Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven kommentarer og praksis*, 2 utgave, Oslo, 2015

Fougner, Holo, Sundet, og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, 3. utgave, Oslo, 2018

Fougner, Borge, Frogner, Lorentzen, Solheim, Sundet og Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Oslo, 2016

Fougner, Breibøl, Frogner m.fl, *Omstilling og nedbemanning*, 2 utgave, Oslo, 2011

Chris, Aagaard, Melsom og Weltzien, *Bedriftens personalhåndbok: Rett og plikt i arbeidsforhold*, 8. utgave, Oslo, 2012

Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4 utgave, Oslo, 2006